

VU Research Portal

Case note: Bindend Advies H.A. Bouman

Akkermans, A.J.

2002

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J., (2002). *Case note: Bindend Advies H.A. Bouman*, No. 81, Nov 04, 1999. (Verkeersrecht; Vol. 2002).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

roep te motiveren - kan zich een klassiek dilemma voordoen: hoe te oordelen wanneer die fout weliswaar vaststaat, maar niet zeker is of de cliënt daardoor wel schade heeft geleden? Dat laatste is immers afhankelijk van de vraag hoe de oorspronkelijke procedure zou zijn verlopen, en dat kan moeilijk of zelfs onmogelijk zijn om vast te stellen, met name omdat de oorspronkelijke wederpartij - in het onderhavige geval was dat de minister van WVC - niet in de procedure tussen de cliënt en zijn voormalige advocaat is betrokken. In het Baijings-arrest (HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (PAS)) oordeelde de Hoge Raad dat in beginsel moet worden beoordeeld hoe de rechter in de oorspronkelijke procedure had behoren te beslissen, althans dat het ter zake van de geleden schade toewijsbare bedrag moet worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in die oorspronkelijke procedure zou hebben gehad. Algemeen wordt aangenomen dat met die laatste overweging het licht op groen werd gezet voor een proportionele benadering van deze problematiek, zij het als subsidiaire optie. (In deze zin o.a. Akkermans, A&V 1998 p. 24-26; Haak, AA 1998 p. 138-147, Luiten, Vrb 1998 p. 45-46, Dommering-Van Rongen, NTBR 1998 p. 81-85, Giesen, TVP 2000 p. 97, Hartlief, in de bundel 'Proportionele aansprakelijkheid' (Akkermans, Faure en Hartlief (red.) Den Haag, 2000) p. 16 en Van Dijk in dezelfde bundel op p. 40. Voorzichtig: Asser-Hartkamp I (2000) nr 434c. Anders: Pals, VR 2000 p. 395). Het is die subsidiaire optie - het toekennen van vergoeding voor de verloren kans op een gunstige procesuitkomst - waarvan het hof hier gebruik maakt. In overeenstemming met de lijn van het Baijings-arrest gebeurt dat pas nadat is geconstateerd dat niet met zekerheid is vast te stellen hoe de Raad van State zou hebben beslist.

2. Origineel is de methode die het hof gebruikt om tot een inschatting van de proceskansen van de benadeelde te komen. In het Baijings-arrest gaf de Hoge Raad aan dat de rechter zo nauwkeurig mogelijk tot zijn oordeel, respectievelijk schatting, moet geraken. Dat brengt mee dat van de rechter die vergoeding toekent voor een verloren proceskans een beredeneerde inschatting van die kans wordt verwacht. Hij mag zich er niet met een jantje-van-leiden van afmaken door te constateren dat hij helaas niet kan beoordelen hoe de oorspronkelijke procedure zou zijn afgelopen, en uitsluitend op algemene gronden ('het kan vriezen, het kan dooien') een gedeelte van de gevorderde schade toewijzen (wat dan pleegt neer te komen op 50%). Dat is in het verleden wel gebeurd, en daarop is terecht de nodige kritiek gekomen (waarover Akkermans, A&V 1998 p. 26; Haak, AA 1998 p. 144). Dit verwijt valt het hof in het onderhavige geval zeker niet te maken, al komt het toevallig eveneens bij een fifty-fifty oplossing uit. Het hof maakt een uitvoerige

vergelijking met een andere procedure bij de Raad van State, met een sterk vergelijkbare casus. In die procedure werd voor de benadeelde in gunstige zin beslist. Door vervolgens de mogelijke relevantie van de verschillen tussen beide casus af te wegen komt het hof uiteindelijk tot het oordeel dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld hoe de Raad van State in het onderhavige geval zou hebben beslist, maar dat de kans dat de benadeelde ook hier het gelijk aan zijn zijde zou hebben gekregen, 'redelijk groot' is. Die verloren kans op een voor de benadeelde gunstige afloop wordt uiteindelijk geschat op vijftig procent. Bijgevolg wordt de vordering van de benadeelde voor de helft toegewezen (het kan nodig zijn dit per afzonderlijke schade-post te beoordelen; zie Rb. Den Haag 12 juli 2000, VR 2001, 20 m.nt A.J. Akkermans).

3. Deze uitkomst sluit aan bij het Baijings-arrest en bij de lagere rechtspraak waarin het leerstuk van het verlies van een kans steeds meer vaste grond onder de voeten lijkt te krijgen (zie voor een overzicht Akkermans in de hierboven genoemde bundel, p. 102-130). In zeker opzicht blijft zo'n uitkomst wellicht iets merkwaardigs hebben. De oorspronkelijke procedure zou immers door de benadeelde of zijn gewonnen, of niet, maar nooit 'half' zijn gewonnen (althans niet in het onderhavige geval, waar het ging om de gelijkstelling met een 'vervolgde' in de zin van de Wet Uitkering Vervolgingslachtoffers). De kern van de zaak blijft echter dat niet meer met een aanvaardbare graad van zekerheid kan worden vastgesteld wat de uitkomst zou zijn geweest. In die situatie is het ferm doorhakken van de knoop volgens het alles-of-niets-schema altijd nog méér een slag in de lucht, dan de openlijke erkenning dat de uitkomst van de procedure niet meer kan worden vastgesteld, en zich hooguit in waarschijnlijkheden laat uitdrukken. Mits men het subsidiaire karakter van deze benadering voldoende voor ogen blijft houden, blijft zij mijns inziens de meest rechtvaardige oplossing.

prof. mr A.J. Akkermans

81 BINDEND ADVIES

(mr H.A. Bouman),
4 november 1999

Verschil positie regresnemer en direct benadeelde. Kanswaardering uitkomst niet-gevoerde civiele procedure.

Na door regresnemer ziekenfonds verloren geding over aansprakelijkheid in 'kelderluik'-situatie wordt op basis procesdossier kans beoordeeld dat voor fondsverzekerde, als particulier slachtoffer procederend, zaak gunstiger was afgelopen. 'Gelijk' heeft meer dan één kant, reeds wegens mogelijkheid van uiteenlopende feitenvaststelling en

-waardering door verschillende rechters. Beslissing berust uiteindelijk op door ervaring en integriteit gevoede intuïtie. Bewijslast en bewijsrisico. Andere bewijslastverdeling denkbaar. Zo ook andere waardering van bewijs. Invloed van motieven 'onder de tafel' als slachtofferbescherming en WA-verzekering. Kans dat verzekerde geding had gewonnen op tweedeerde geschat (zie noot).

(art. 6:97 BW)

1. Inleiding

(...)

1.2. U hebt mij ter hand gesteld het volledige procesdossier in twee instanties van de zaak Ziekenfonds Groningen en Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke belangen tegen Bureau E. Sch. B.V. Ik spreek verder korthedshalve enkel van Ziekenfonds of fonds en van Sch. Verzekerde van fonds en bedrijfsvereniging was G.J.L. W. - verder W. - wiens belangen worden behartigd door FNV. Achter Sch. staat haar AVB-verzekeraar Elvia.

2. Voorgeschiedenis

2.1. Op 23 november 1983 werden in het gebouw van het Schippersinternaat 'Prinses Marijke' te Groningen werkzaamheden uitgevoerd door een werknemer van Sch., B., onder meer in een kruipruimte onder het gebouw. De toegang tot de kruipruimte, een door een vloerluik van circa 50x70 cm afgesloten gat, bevond zich in een vestibule aan de binnenzijde van een buitendeur. B. had in verband met zijn werkzaamheden het luik eraf gehaald en heeft zich op een gegeven moment van het gat verwijderd zonder dit af te sluiten. W., werknemer van het internaat, wilde door de buitendeur het gebouw verlaten; hij is in het gat gevallen en gewond geraakt.

2.2. Evenals rechtbank en hof ga ik van deze basisfeiten uit. Het ziekenfonds en de bedrijfsvereniging, die ten behoeve van W. uitkeringen hadden gedaan, hebben in regres Sch. als werkgever van B. uit onrechtmatige daad aangesproken. Elvia heeft namens Sch. het verweer gevoerd dat het geopende kruipgat met een aantal dozen in de toegangsdeur naar de vestibule voldoende beveiligd was en dat het ongeval niet aan een onrechtmatige daad van B. was te wijten. De rechtbank wees de vorderingen toe. Het hof wees ze na getuigenverhoren af.

3. Kanswaardering

3.1. U vraagt mij om op basis van het procesdossier mijn oordeel te geven over de kans dat, indien niet het fonds maar zijn verzekerde W. als eisende partij tegen Sch. was opgetreden, de aansprakelijkheidsvraag tot een andere uitkomst zou hebben geleid, meer in het bijzonder geheel of ten dele in het voordeel van W. zou zijn beantwoord.

3.2. Ik benadruk om te beginnen de term *kans*, want het is uw uitdrukkelijke bedoeling

dat ik mij niet zelfstandig een oordeel vorm over de aansprakelijkheidsvraag. Na de afwijzing van de vorderingen van het ziekenfonds tegen Sch. wenst U een lange en kostbare rechtsgang ten verzoeken van W. tegen Sch. te vermijden en vraagt U mij om mij bij wege van bindend advies uit te spreken over de kans dat die rechtsgang anders was afgelopen. U doet alsof een procedure om niet-inhoudelijke redenen, bijvoorbeeld verjaring of niet tijdig appelleren, niet meer mogelijk is dan wel als mislukt moet worden beschouwd, zodat niet met zekerheid te voorspellen is hoe de uitkomst zou zijn geweest.

3.3. Voor de omvang van een eventuele aansprakelijkheid zal vaker een dergelijke kans moeten worden beoordeeld, bijvoorbeeld wanneer een procedure is mislukt door de beroepsfout van een rechtshelper en hij tot schadevergoeding wordt aangesproken. Meestal zal dan niet met zekerheid zijn te zeggen wat het resultaat zou zijn geweest indien de beroepsfout achterwege was gebleven. Ik verwijs hier naar A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (dissertatie Tilburg 1997), blz. 184.

3.4. Ik sluit voor dit advies zoveel mogelijk aan bij het procesdossier in de zaak van het ziekenfonds dat mij ter hand is gesteld. Ik veronderstel dan (...) dat W. in 1992 tegen Sch. een procedure zou zijn aangevangen voor de rechtbank te Groningen en schadevergoeding, hetzij als bepaalde som, hetzij nader op te maken bij staat zou hebben gevorderd, en dat daarin door partijen dezelfde argumenten zouden zijn aangevoerd als in de zaak van het Ziekenfonds. Voor Sch./Elvia ligt dat wat meer voor de hand dan voor W. die misschien met een andere advocaat in zee was gegaan, maar gelet op het niveau van het gevoerde debat meen ik hem niet te kort te doen met de veronderstelling dat namens hem wezenlijk hetzelfde zou zijn betoogd als namens het fonds.

4. *Recht doen*

4.1 Rechtspreken - een rechtsoordeel geven - is niet gelijk te stellen met een natuurwetenschappelijk probleem oplossen. Het vraagt wezenlijk om één of meer intuïtieve beslissingsmomenten op de grondslag van de feitelijke en juridische aspecten van het gegeven geval. Eén der grootste Nederlandse juristen van deze eeuw, Paul Scholten, zegt dat 'recht' vinden tegelijk én intellectueel én zedelijk werk is. Er wordt beslist wat is en wat zijn móet in één. Vergelijk Paul Scholten, *Algemeen deel van de Asser-serie* (3e druk, 1974), speciaal blz. 131 en 132.

4.2. Het zijn misschien wat hoogdravende woorden, maar het is goed zich er van tijd tot tijd rekenschap van te geven dat 'gelijk' meer dan één kant heeft. Dezelfde 'feiten' leiden niet steeds tot hetzelfde 'rechts'oordeel, reeds omdat andere partijen een andere rechter kunnen vragen over die feiten te oordelen. Een rechter kan de feiten nog zo goed

vaststellen en hij kan nog zo goed wet en jurisprudentie beheersen, eer hij één van de partijen 'gelijk' geeft, zal hij een aantal keuzes - 'sprongen' worden ze wel genoemd - moeten maken en uiteindelijk zal zijn beslissing op door ervaring en integriteit gevoede intuïtie berusten.

4.3. Het lijkt allereerst nuttig tegen deze achtergrond kort het vonnis van de rechtbank en de arresten van het hof te analyseren.

5. *Rechtbankvonnis*

5.1. Na het in dagvaarding, antwoord, re- en dupliek met bewijsstukken gevoerde debat begint de rechtbank, zoals het vaste patroon is, de tussen partijen niet in geschil zijnde, hiervóór onder 2.1 weergegeven, 'feiten' vast te stellen. Daar ligt het feitelijk substraat van het geschil dat geen (nader) bewijs behoeft. In dit geval geldt dat ook voor het hoger beroep, want een hof gaat altijd eerst na of tegen de feitenvaststelling door de rechtbank bezwaar is gemaakt of zoals dat heet: grieven zijn ingebracht. Zo neen - gelijk in dit geval - dan gaat het van die feiten eveneens uit; (...).

5.2. Zijn er meer 'feiten' door de ene of de andere partij - of door beiden - aangevoerd en bestaat daarover geen overeenstemming, dan moet de rechter zich afvragen of zulke feiten voor de beslissing relevant zijn. Zo ja, dan zal hij zich in de bewijslast verdiepen en op basis daarvan het overgelegde bewijsmateriaal interpreteren en/of een bewijsopdracht geven. Vindt hij dat hij aan de vaststaande feiten voldoende heeft om tot het rechtsoordeel te komen, dan kan hij dat terstond geven.

5.3. In het onderhavige geval vond de rechtbank in de vastgestelde feiten voldoende houvast voor een eindoordeel. Haar gedachtegang was rechtlijnig. Van het geopende kruipluik in de vestibule, dat B. toen hij zich verwijderde niet afgesloten had, en van W.'s val daarin - de 'feiten'; de rechtbank kenmerkt de val als de verwezenlijking van een gevaar; (...) - gaat zij direct over - juridisch - tot toetsing aan het zgn. Kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, nt GJS). Daarin zijn de sedertdien op allerlei rechtsgebieden opgeld doende criteria voor gehele of gedeeltelijke aansprakelijkheid wegens een zich verwezenlijkend gevaar voor het eerst duidelijk geformuleerd. De 'sprong' van de rechtbank van de feiten naar de kelderluikcriteria en vervolgens naar aansprakelijkheid van Sch. is begrijpelijk, ook in het licht van het debat dat partijen over die criteria hadden gevoerd.

5.4. Wat Sch. had tegengeworpen, met name dat zij 'alle benodigde voorzorgsmaatregelen' had genomen (...) vindt de rechtbank onvoldoende, omdat - als een gevaar zonder moeite kan worden opgeheven - dat onverwijld moet gebeuren; B. had het kruipgat moeten sluiten toen hij zich verwijderde. De rechtbank gaat niet in op mogelijke gedeeltelijke eigen schuld van W. Dat is wel begrijpe-

lijk, want met de verwerping van Sch.'s hoofdverweer ontviel ook min of meer de grond aan haar stelling dat het ongeval gehéél aan de onvoorzichtigheid van W. zelf te wijten was; (...).

6. *Hof, tussenarrest*

6.1. Het hof gaat, als gezegd, uit van dezelfde basisfeiten als de rechtbank, maar vindt daarin onvoldoende houvast voor een rechtsoordeel. In het tussenarrest (...) zegt het hof dat de zaak in wezen draait om de vraag of B., door enige tijd het kruipgat open te laten staan waar W. in is gevallen, onrechtmatig heeft gehandeld, en dat het voor die vraag aankomt op de feiten en omstandigheden waaronder een en ander zich heeft afgespeeld.

6.2. Volgens de rechtbank was onvoldoende gebleken, dat Sch. het gevaar genoegzaam had gemarkeerd, en had B. het gevaar zonder bezwaar kunnen keren door het gat af te sluiten. Tegen die gedachtegang had Sch. bij het hof 'grieven' gericht en die kunnen, aldus het hof, niet beoordeeld worden zolang de toedracht onvoldoende duidelijk is; (...).

6.3. Waar het hof belang aan hecht blijkt in r.o. 9. Het hof wil meer weten over, ten tijde van het ongeval:

- (i) plaats van kruipgat en deurmat;
- (ii) of de deur open dan wel dicht was;
- (iii) wat W. gezien en gedaan heeft in de nabijheid van het open kruipgat;
- (iv) hoe waarneembaar veiligheidsmaatregelen waren, als B. die genomen had;
- (v) de afstand van het kruipgat tot de plaats waar B. bezig was met de kabeldoorvoer;
- (vi) waarom hij naar buiten ging en het kruipgat niet afsloot.

6.4. Nu, aldus het hof (...), de (juiste) toedracht nog niet kan worden vastgesteld, moet het fonds die bewijzen, waarbij de in r.o. 9 genoemde punten 'opheldering behoeven'. Op het betoog van het fonds, dat de bewijslast van specifieke veiligheidsmaatregelen bij Sch. berustte, gaat het hof in het tussenarrest niet in. Het hoefde dat ook niet, maar het doet dat nog wel in het eindarrest (...). Het fonds had het betoog na de getuigenverhoren herhaald en het hof overweegt - met onmiskenbare verwijzing naar art. 177 Rv - dat, nu het het fonds is dat de gevaarlijke situatie had gesteld die door Sch. gemotiveerd was weersproken, de bewijslast bij het fonds berustte en dat geen bijzondere regel noch de redelijkheid en billijkheid tot omkering van de bewijslast 'nopen'.

7. *Stelplicht en bewijslast*

7.1. Het is op het punt van de noodzaak van (nadere) bewijsoverlevering, en wel door de eiser, dat de rechter een andere weg had kunnen inslaan. Terecht bent U beiden doordrongen van het belang van stelplicht, bewijs en bewijslast voor de uitkomst van een proces. Bewijslast betekent als regel bewijs-'risico', dat wil zeggen het risico dat degeen, die een van hem verlangd bewijs niet levert,

het proces verliest.

7.2. Hoe in concreto de stelplicht en de bewijslast verdeeld zijn, is een rechtsvraag die de rechter aan de hand van het materiële recht heeft te beantwoorden. Soms geeft de wet door haar formulering een aanwijzing; op een zo diffuus terrein als dat van het aansprakelijkheidsrecht is zo'n aanwijzing dikwijls niet en zeker niet makkelijk te vinden.

7.3. Volgens H.J. Snijders e.a., *Nederlands burgerlijk procesrecht* (2e druk, 1997), aant. 207, moet in het algemeen de eiser in beginsel de feiten stellen, nodig voor het intreden van het door hem gewenste rechtsgevolg, met uitzondering van de door het recht als 'atypisch' beschouwde feiten die dat rechtsgevolg zouden verhinderen of van die feiten die veel makkelijker door de gedaagde zijn te stellen althans te bewijzen dan dat de eiser het tegendeel stelt en bewijst.

7.4. Of een gedraging dan wel enig nalaten gevaar voor een ongeval in het leven roept, hangt af, zoals het hof terecht overweegt, van de feiten en omstandigheden waaronder het ongeval zich heeft afgespeeld.

7.5. Welke feiten en omstandigheden relevant zijn, laat echter een zekere beoordelingsmarge open, die niet door iedere rechter op identieke wijze zal worden benut. De ene rechter zal in een geval als dit het zonder noodzaak open laten staan van het luik in beginsel voldoende achten, met de al dan niet uitgesproken gedachte dat iemand niet 'zomaar' of moedwillig in een gat valt en dat, wie een luik zonder noodzaak open laat staan, ook rekening moet houden met de mogelijkheid dat een toevallige passant in gedachten of onoplettend zal zijn. De andere rechter, zoals hier het hof, zal meer belang hechten aan de onveilige situatie 'in zijn geheel' en niet aanvaarden dat, ofschoon afsluiten van het gat bij verwijdering de beste voorzorg was geweest, 'louter' uit nalaten daarvan onrechtmatigheid volgt; (...).

7.6. Ik wil enige scenario's onder het oog zien waarin de rechter, uitgaande van dezelfde feiten en argumentatie over en weer als in de zaak van het ziekenfonds, tot een andere benadering van de bewijslast van bepaalde stellingen had kunnen komen dan het hof. 7.7. Vooropgesteld zij dat het enkele feit, dat W. als zwakke(re) beschermenswaardige partij - en niet een instituut als het fonds - tegen het sterke(re) Elvia in het krijt moet treden, op zich niet tot omkering van de bewijslast op grond van redelijkheid en billijkheid zou hebben geleid. De kwaliteit van de eisende partij heeft in een actie uit onrechtmatige daad als de onderhavige in beginsel geen betekenis voor de bewijslast.

7.8. Ik veronderstel bovendien dat, als de bewijslast van bepaalde stellingen niet bij W. als eiser maar bij Sch. als verweerder was gelegd, dan dezelfde getuigen zouden zijn gehoord en verdere overtuigingsstukken in het geding gebracht en dat dan eveneens met de overweging dat 'de getuigen (deels) met elkaar strijdige verklaringen hebben af-

gelegd' (...) het bewijs niet geleverd zou zijn geacht, wat dan tot toewijzing van de vordering zou hebben geleid.

7.9. De vraag of bij een ten volle op W. rustende bewijslast het bewijsmateriaal, zoals het er ligt, niet anders had kunnen worden gewaardeerd komt aan het slot nog aan de orde; zie hierna onder 12.

8. 'Atypisch feit'

8.1. W. had op het betoog van Sch. dat voor het open kruipgat voldoende was gewaar-schuwd tegengeworpen, dat men niet 'zomaar' in een gat loopt en dat daaruit al blijkt dat de dozen, als ze er al lagen, als waar-schuwing ontoereikend waren. Denkbaar in dit geval was geweest dat dit ertoe had geleid dat het door Sch. gestelde feit, dat W. hoogst onvoorzichtig 'in de val' was gelopen, als 'atypisch' was aangemerkt en aan haar te bewijzen opgedragen.

8.2. Aanknopingspunt voor de deze gedachtegang geeft het door het fonds benadrukte 'kelderluik'-criterium dat gelet moet worden op de 'mate van waarschijnlijkheid' waarmee onoplettendheid of onvoorzichtigheid van de benadeelde kan worden verwacht. Bij ongevallen 'op de werkvloer' - waarmee de onderhavige situatie grote gelijkenis vertoont - moet degen die voor de veiligheid op die vloer verantwoordelijk is zich mede laten leiden door de gedachte dat het niemand gegeven is steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is. Vergelijk voor art. 7A:1638x BW: HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 (Loopkat).

9. Eigen schuld

9.1. Langs een andere weg zou eveneens de bewijslast bij Sch. terecht kunnen zijn gekomen. Wanneer het hof, zoals de rechtbank deed, uit het enkele - onnodig - open laten staan van het kruipgat de gevaarstelling had afgeleid, zou hij de betogen van Sch. dat er eigenlijk geen gevaar was en dat 'dus' het niet te loochenen ongeval geheel aan de onvoorzichtigheid van W. was te wijten, hebben kunnen opvatten als een beroep op eigen schuld van de benadeelde door de partij wiens onzorgvuldigheid vaststond. Onder die gezichtshoek had het hof laatstgenoemde de bewijs kunnen opdragen van de voor die eigen schuld gestelde feiten. Vergelijk HR 16 juni 1983, NJ 1983, 444 (Stammes/Hollander).

9.2. Het gaat dan niet om omkering van de bewijslast op billijkheids- of andere gronden. Daarvoor is en blijft de rechter huiverig; vergelijk de noot van Brunner bij HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (VR 1998, 86; *red. VR*) (De Heel/Staat). Neen, de gedachte is dat de onrechtmatige gedraging als erkend of onvoldoende betwist vaststaat, dus niet nader be-wezen hoeft te worden, en dat het dan aan de 'foute' partij is 'tegen'bewijs te leveren van hem disculperende feiten en omstandigheden.

10. Verwezenlijking van risico

10.1. Een vergelijkbare gedachtegang wordt wel gevolgd bij redelijke toerekening in de zin van art. 6:98 BW als het gaat om de verwezenlijking van een geschapen risico. De daaruit voortvloeiende schade wordt niet zelden aan de schepper van het risico toegerekend. In een geval van medische aansprakelijkheid (HR 21 februari 1997, VR 1998, 182, *wrongful birth*) acht de Hoge Raad in beginsel voor toerekening voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt.

10.2. Deze causaliteitsvisie speelt vooral bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Ofschoon men daarbij veelal aan de geschreven normen van het wegverkeer en de arbo-wetgeving denkt, is er geen goede grond om ongeschreven normen erbuiten te houden. Vergelijk het hiervoor al genoemde arrest De Heel/Staat en de noot van G.J. Scholten bij HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Vader Versluys).

11. Hof, eindarrest

11.1. Dat het hof het ziekenfonds in deze alternatieve benaderingen niet gevolgd is, betekent dus niet dat een andere rechter dat niet wél had kunnen doen. Het hof wilde mogelijk te veel weten, althans meer dan een andere redelijk oordelende rechter zou hebben willen weten. Het is bijvoorbeeld moeilijk te zien wat de onder 6.3 ad (v) en (vi) genoemde punten aan het nodeloze van het open laten staan van het gat kunnen toe- of afdoen.

11.2. Hoe dit zij, uiteindelijk kwam voor het hof wél vast te staan dat B. zekere voorzorgsmaatregelen had genomen, maar niet dat deze - zoals het fonds had gesteld en volgens het hof moest bewijzen - in de gegeven omstandigheden onvoldoende waren. Daarmee viel het doek voor het fonds, want wie de bewijslast draagt heeft, als gezegd, ook het bewijsrisico.

12. Bewijs toch voldoende?

12.1. Tot slot is nog denkbaar dat de rechter op basis van het bij het hof voorhanden bewijsmateriaal het ziekenfonds wél in het te leveren bewijs geslaagd zou hebben geacht. Een rechter heeft grote vrijheid om getuigenverklaringen geheel of gedeeltelijk terzijde te laten dan wel te interpreteren en hoeft van zijn keuzes niet of slechts summier verantwoording af te leggen.

12.2. Zo wordt in dit geval de verklaring van W. - in zijn eigen proces zou dat een partijverklaring zijn die niet als volledig bewijs kan gelden - gesteund door die van P. Zij meent - beredeneerd (...) - als eerste ter plaatse te zijn gekomen; zij heeft wel dozen gezien maar die niet opzij hoeven zetten toen zij door de vestibuleur kwam; zij bevestigt daarmee het ontoereikende van de waarschuwingen.

12.3. St. meent dat hij het was die als eerste ter plaatse kwam. W. zelf trouwens ook. Dat

zij zich daarin toch zouden kunnen vergissen wordt versterkt door de geringe aannemelijkheid dat St. twee langwerpige dozen gekruist in de deuropening zou hebben zien staan, zoals hij verklaart. W. moet immers eerder zelf door die deur zijn gegaan; het strookt bovendien niet met St.'s schriftelijke verklaring van 28 september 1988, dat er dozen op de grond lagen (wat weer wel klopt met P.'s verklaring).

12.4. Dat de ten verzoeken van Sch. gehoorde getuigen het over veel meer dozen ter waarschuwing hebben hoeft de rechter niet te weerhouden om de uit andere verklaringen af te leiden onvoldoende beveiligde gevaarsituatie bewezen te achten en hij hoeft ook niet uitgebreid te motiveren waarom hij die verklaringen buiten beschouwing laat.

13. Kans op andere uitkomst

13.1. Hiermee is dunkt mij voldoende aangegeven dat en langs welke lijnen de rechter in het onderhavige geval hetzij tot een andere bewijslastverdeling had kunnen komen, hetzij het bewijs anders waarden waardoor wél bewezen zou zijn geacht dat de getroffen voorzorgen ontoereikend waren.

13.2. Ik kom hiermee op de kans dat, als W. zelf had geprocedeerd, de uitkomst anders was geweest. Het zal U uit het voorgaande duidelijk zijn dat die kans niet is te verwaarlozen. Ik acht haar zelfs vrij groot.

13.3. Bij de uiteindelijke beslissing om, zo de wet daartoe de ruimte laat, bepaalde schade-lijke gevolgen al dan niet toe te rekenen kunnen voor de rechter, die in de woorden van Paul Scholten (hiervóór 4.1) intellectueel én zedelijk werkzaam is, een aantal motieven - niet zelden zoals dat heet 'onder de tafel' - een rol spelen. Ik denk in ongevalsituaties dan aan het gezichtspunt van 'slachtofferbescherming' en aan dat van de aansprakelijkheidsverzekering.

13.4. Het eerste is een rechtens toelaatbaar 'oogpunt'; zo mag men afleiden uit het DES-arrest, HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (CJHB); VR 1993, 19 (vWvC), r.o. 3.8. Houvast daarvoor geeft ook de Tijdelijke regeling verhaalsrechten van art. 6:197 BW. In de memorie van toelichting (zie Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 6 BW, blz. 1404) geeft de minister als zijn opvatting dat regresrechten van verzekeraars 'in elk geval van andere aard zijn dan die van het slachtoffer, wiens schade anders onvergoed zou blijven'.

13.5. In het verlengde hiervan kan tenslotte verschil maken dat W. als particulier ongevalsslachtoffer - anders dan een zakelijke instelling als het ziekenfonds voor wie geen existentiële belangen op het spel staan - staat tegenover een tegen wettelijke aansprakelijkheid verzekerde wederpartij. De gedachte is dan dat WA-verzekering weliswaar geen aansprakelijkheid schept, maar wel 'het billijkheidsgehalte kan verhogen van het rechterlijk oordeel dat de "dader" civielrechtelijk aansprakelijk is voor een ongeluk', zoals de A-G De Vries Lentsch-Kostense het uit-

drukt in haar conclusie voor het Zwiependetak-arrest HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (CJHB), VR 1995, 188.

13.6. Kanswaarderingen zijn, gelijk causaliteits- en billijkheidsbeslissingen, uiteindelijk niet exact te motiveren en kunnen niet anders dan op intuïtie berusten. Vergelijk HR 5 december 1997 NJ 1998, 400-402 (HJ); VR 1998, 28-30 (HAB) (Sayd Hyati e.a.).

13.7. Men zou kunnen zeggen dat, nu twee redelijk oordelende rechters bij de onderhavige gebeurtenis op begrijpelijke gronden diametraal verschillend over de aansprakelijkheidsvraag hebben geoordeeld, een 50% kans voor de hand ligt. Maar dat is voor de intuïtie toch te simpel. Alles overziende, zowel de mogelijkheid dat de bewijslast - en daarmee het dito risico - bij Sch. terecht zouden zijn gekomen als de mogelijkheid het bewijsmateriaal in het voordeel van W. te interpreteren, sla ik de kans op toewijzing van W.'s vordering intuïtief aanmerkelijk hoger aan dan de kans dat hij evenals het fonds na ruim vier jaar procederen met lege handen naar huis zou zijn gestuurd.

14. Slotsom

14.1. Bij wege van bindend advies kom ik tot het oordeel dat, op een schaal van nul tot één, de kans dat de vordering van G.J.L. W. tegen E. Sch. B.V. volledig was toegewezen op twee derde moet worden gewaardeerd.

Noot

1. Het is bekend dat een regresnemer tegenover de aansprakelijke partij in verschillende opzichten een minder sterke positie inneemt dan de direct benadeelde. Zo ontzegt artikel 6:197 BW (de 'tijdelijke' (?) regeling verhaalsrechten) hem het beroep op een aantal risicoaansprakelijkheden die in 1992 met het nieuwe wetboek werden ingevoerd. En bij de billijkheidscorrectie in het kader van artikel 6:101 ('eigen schuld') geldt de in de rechtspraak ontwikkelde standaardisering (de zogenaamde 50%- en 100%-regels) (zie HR 2 juni 1995, VR 1995, 145 en 146 m.nt HAB, NJ 1997, 700 en 701 m.nt CJHB) niet wanneer het om het verhaal door een regresnemer gaat. Doorgaans is bij regres slechts plaats voor een beperkte bijstelling van het resultaat van de causaliteitsafweging (zie HR 5 december 1997, VR 1998, 28-30 m.nt HAB, NJ 1998, 400-402 m.nt JH). Meer in het algemeen is overal waar in het kader van de redelijkheid en billijkheid een afweging moet worden gemaakt, denkbaar dat deze bij een regresvordering voor eiser minder gunstig uitpakt. Aan het gezichtspunt van de slachtofferbescherming komt immers geen (of in elk geval: veel minder) gewicht toe, en ook in andere opzichten kan de omstandigheid dat het 'slechts' om een regresvordering gaat de balans voor eiser in ongunstige zin beïnvloeden. Dat kan zich dus ook voordoen bij de bewijslastverdeling van artikel 150 Rv (177 oud), in welk kader immers op grond van de redelijkheid en billijkheid van de hoofdregel

('wie stelt moet bewijzen') kan worden afgeweken. En zoals dit bindend advies op fraaie wijze laat zien, kan de omstandigheid dat het om een regresvordering gaat ook langs andere denklijnen tot een afwijkende bewijslastverdeling leiden, alsmede van invloed zijn op de bewijswaardering.

2. Het betrof hier een 'kelderluiksituatie' in de letterlijke zin des woords. Een werknemer van de verzekerde van Elvia laat een vloerluik openstaan waar het slachtoffer in valt. De regresvorderingen van het ziekenfonds en de bedrijfsvereniging van het slachtoffer worden toegewezen door de rechtbank, maar afgewezen door het hof. De rechtbank oordeelt op grond van de zogenaamde 'kelderluikcriteria' (terug te voeren op het kelderluikarrest, HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt GJS) dat onrechtmatig werd gehandeld, het hof honoreert het verweer dat voldoende veiligheidsmaatregelen werden genomen (zie Hof Leeuwarden 18 januari 1995 en 24 juli 1996, en Rb. Groningen 4 december 1992, dit nummer van Verkeersrecht nr 82). Het arrest van het hof krijgt kracht van gewijsde. Dat strekt zich uiteraard niet uit tot de vordering van het slachtoffer zelf, die alsnog de verzekerde van Elvia aanspreekt. In plaats van hun kansen uit te proberen in een nieuwe procedure, vragen partijen H.A. Bouman om een bindend advies over de kans dat een procedure door het slachtoffer zelf wél tot aansprakelijkheid zou hebben geleid. Bouman oordeelt die kans uiteindelijk 'aanmerkelijk hoger' dan de kans op het tegendeel, en waardeert de kans op succes op 2/3. De situatie waar de bindend adviseur vanuit moet gaan is vergelijkbaar met die waarin een procedure vroegtijdig ten einde kwam door de beroepsfout van een advocaat. Het advies van Bouman sluit dan ook mooi aan bij de regels uit het Baijings-arrest (HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (PAS) en bij het arrest van het Hof Amsterdam van 10 mei 2001 (NJ 2001, 639, in dit nummer van Verkeersrecht nr 80) waarin de afweging van goede en kwade proceskansen eveneens tot een kansoordeel leidt.

3. Het aardige aan dit advies is dat het in een concreet geval duidelijk zichtbaar maakt wat vaak slechts kan worden vermoed, namelijk dat het ook voor de bewijslastverdeling en de bewijswaardering kan uitmaken wie tegen de aansprakelijk gestelde partij in het strijdperk treedt, een regresnemer of het slachtoffer zelf. Het slachtoffer zal in het algemeen op het meest gunstige bewijsregime kunnen rekenen. Zijn in het kader van de beoordeling van zijn vordering de noodzakelijke feiten eenmaal bewezen geacht, dan zal de neiging van de rechter om de regresnemer qua bewijs strenger te behandelen, in het algemeen niet zo groot meer zijn. Het lijkt immers weinig consistent om eerst in de ene procedure een bepaalde kwestie bewezen te achten, en vervolgens in een volgende

procedure over hetzelfde feitencomplex diezelfde kwestie niet (langer) bewezen te achten. Zonder 'harde' redenen daarvoor zie ik een rechter daar niet gauw aan beginnen. Het is van belang om te beseffen dat dit ook andersom geldt. Tracht, zoals hier was gebeurd, een regresnemer als eerste verhaal te nemen, en stuit diens vordering op een bewijskwestie af, dan lijkt het in het algemeen aannemelijk dat dit het oordeel van de rechter over diezelfde kwestie bij een daarop volgende procedure door de benadeelde in voor hem negatieve zin zal beïnvloeden. (Van deze situatie diende de bindend adviseur (opmerkelijk genoeg) niet uit te gaan. Blijkens zijn opdracht moest hij de kansen van het slachtoffer beoordelen wanneer deze zelf, en niet het ziekenfonds en de bedrijfsvereniging, was gaan procederen. Van de eventuele gevolgen voor die kansen van de procedure door de regresnemers diende dus te worden geabstraheerd.)

4. Het voorgaande heeft belangrijke implicaties voor zowel belangenbehartigers van slachtoffers als voor de regrespraktijk. Voor de belangenbehartiger van de rechtstreeks benadeelde geldt dat hij zich rekenschap dient geven van de risico's die besloten liggen in het om financiële of andere redenen 'voor laten gaan' van een regresnemer. Verdedigbaar lijkt dat daar in principe een beroepsfout in schuilt (al zal eventuele schade niet makkelijk te bewijzen zijn) want hij dient zijn cliënt voor alle onnodige risico's te behoeden. En voor de regresnemer geldt dat hij er in het algemeen beter aan doet om zich bij of achter het slachtoffer aan te sluiten, in plaats van voor hem uit te lopen. De bewijsrechtelijke tegenwind die hem parten zou kunnen spelen, kan daarmee geheel of gedeeltelijk worden omzeild. Op dit punt bestaat een zeker verschil met artikel 6:197 en de afwijkende positie van de regresnemer bij 'eigen schuld': formeel blijven deze nadelen voor de regresnemer onverminderd van toepassing. Zoals Bouman aangeeft is recht doen echter mensenwerk, en menselijkerwijs gesproken is ook hier goed denkbaar (dat wil zeggen: bij het onrechtmatigheidsoordeel ex art. 6:162, respectievelijk bij de vaststelling van de verdelingsfactor ex art. 6:101) dat de appreciatie van de rechter 'ongemerkt' wordt beïnvloed wanneer eerder in voor het slachtoffer gunstige zin werd beslist. Maar vermoedelijk zal deze beïnvloeding in het algemeen marginaler zijn dan bij de bewijslastverdeling en bewijswaardering.

5. De moraal van het verhaal voor de belangenbehartiger: laat het initiatief niet aan een regresnemer! En voor de regresnemer: stem uw acties doordacht af op die van de benadeelde en loop als het even kan niet voor diens muziek uit!

prof. mr A.J. Akkermans

82 HOF LEEUWARDEN

(mrs Wendels, Knijp, Mannoury),
24 juli 1996

Kelderluik-situatie. Voldoende voorzorgmaatregelen?

Tijdens werkzaamheden in schoolgebouw opent installateur luik van kruipgat nabij deur en verwijdt zich. Werknemer school valt erin. Regres sociale verzekeraar. Verweer van installateur dat hij voldoende had gedaan, met name door grote lege dozen in doorgang naar deur te plaatsen, om gevaar te markeren.

Rb.: *Het is algemeen bekend dat het verwijderen van een luik gevaar creëert voor derden die wellicht onoplettend en niet op gevaar bedacht zijn. Als gevaar zonder bezwaar kan worden opgeheven, moet dat onverwijld gebeuren. De installateur is aansprakelijk.*

Hof: *Onzorgvuldigheid is voldoende gemotiveerd betwist. Het is aan de verzekeraar van de eisende partij de juiste toedracht te bewijzen. Geen bijzondere regel of billijkheidsgrond om bewijslast anders te verdelen. Nu getuigen (deels) tegenstrijdige verklaringen afleggen, is bewijs niet geleverd. De vordering wordt afgewezen.*

(vgl. Bindend advies (H.A. Bouman) 4 november 1999, VR 2002, 81)

(art. 6:162 BW, 177 Rv)

83 HOF DEN BOSCH

(mrs Bod, Huijbers-Koopman, Kranenburg),
7 september 2000

Ongeval op schoolplein. Aansprakelijkheid school en leerkrachten. Omvang toezichtsplicht. Inrichting schoolplein.

Zesjarige jongen werpt tijdens het speelkwartier op de speelplaats van een school een bamboestok van zich af. Deze raakt een vijfjarig meisje in het gezicht en veroorzaakt bij haar ernstig oogletsel.

Op een speelterrein waar zich een groep van ongeveer 40 normaal begaafde kinderen in de leeftijd van 4 tot en met 7 jaar bevindt, houdt een verantwoorde wijze van surveilleren niet in dat steeds op elk kind direct toezicht wordt gehouden zodanig dat elke onrechtmatigheid direct wordt opgemerkt en dat direct kan worden ingegrepen. De in casu gebezigde wijze van surveilleren (twee surveillanten die afwisselend met zijn tweeën samen en onafhankelijk van elkaar over de speelplaats lopen) acht het hof gebruikelijk en niet onverantwoord.

De omstandigheid dat de speelplaats uit twee delen bestaat, dat er sprake is van boschage en dat men vanaf de speelplaats geen zicht heeft op de moestuintjes achter de school, brengen niet mee dat de leerkrachten een andere wijze van surveilleren

hadden moeten kiezen.

(art. 6:162 BW)

VVAA Schadeverzekering N.V.,
appellante in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
procureur: W.M.C. van der Eerden,

tegen

1. Stichting Nutsschool-Oost,
2. M.Maas,
3. E.M.J. Renkens,
geïntimeerden in principaal appel,
appellanten in incidenteel appel,
procureur: mr J.H.M. Erkens.

Uit het vonnis van **Rb. Maastricht** d.d. 14 maart 1996:

2. De vaststaande feiten (...)

2.1. Maas en Renkens zijn onderwijzeressen en ondergeschikten van de school.
2.2. Op 11 mei 1987 omstreeks 11.00 uur heeft zich tijdens het speelkwartier op een speelplaats van de school een ongeval voorgedaan, waarbij betrokken waren Bert Wieters en Afrah Christina Yoah Yeboah, die daar als leerlingen aanwezig waren. Betrokkenen bevonden zich in dan wel bij een zandbak op de speelplaats. Wieters heeft op een gegeven moment een bamboestok van zich afgeworpen. De stok raakte Yeboah in het gezicht en veroorzaakte ernstig oogletsel bij haar.

2.3. Genoemde speelplaats werd gebruikt door leerlingen van de groepen 1, 2 en 3 (voorheen: de kleuterklassen en eerste schoolklas).

2.4. Maas en Renkens hielden tijdens het speelkwartier toezicht op de speelplaats. Zij hebben het ongeval niet zien gebeuren.

2.5. Wieters, zoon van assuradeurs verzekerde P.J.H. Wieters, is geboren op 30 mei 1980. Yeboah, dochter van J.J. Dorresteyn, is geboren op 24 december 1981.

2.6. De assuradeur heeft Yeboah schadeloos gesteld door het betalen van:

- a. directe materiële gevolgschade € 226,89 (f 500,-)
 - b. smartengeld € 15.882,31 (f 35.000,-)
 - c. kosten rechtsbijstand Yeboah/Dorresteyn € 2.262,- (f 4.984,80)
 - d. koopsom invaliditeitsrente verzekering € 5.177,63 (f 11.410,-)
 - e. kosten (medisch) deskundigen € 1.656,50 (f 3.650,45)
- Totaal € 25.205,34 (f 55.545,25)

2.7. Dorresteyn heeft, in haar hoedanigheid van moeder/voogdes van Yeboah, haar vordering tot schadevergoeding op de school c.s. overgedragen aan de assuradeur.